

El venidero Derecho europeo de propiedad intelectual

Lo que puede esperar a la vuelta de la esquina y algunos kilómetros más atrás

José Manuel Ventura Ventura

Profesor Contratado Dr. de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

Abstract*

El presente trabajo se propone dar cuenta, con carácter general, de las reformas que se avecinan en el corto, medio y largo plazo en el Derecho de la propiedad intelectual como consecuencia de los trabajos ya emprendidos o pendientes de serlo por la Comisión Europea, anunciados en su Comunicación “Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor”, presentada el 9.12.2015.

This paper provides a general overview of the legal reforms expected in the field of intellectual property law in the short, medium and long term. It discusses the agenda of the European Commission set out in its communication “Towards a modern, more European copyright framework” of 9 December 2015, explaining those proposals on which work has already begun as well those areas on which work is envisaged in the near future.

Title: The Future of European Intellectual Property Law: the Medium Term and the Distant Future

Keywords: digital single market, intellectual property, copyright, neighbouring rights

Palabras clave: mercado único digital, propiedad intelectual, derechos de autor, derechos vecinos

* Profesor Contratado Dr. de Derecho civil en la Universidad de La Rioja. Este trabajo es un resultado del proyecto de investigación I+D+i financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, con referencia DER2012 - 37206 (*Derecho privado europeo: más allá de los ámbitos ya armonizados*) del que es Investigador Principal el Prof. Sergio Cámara Lapuente.

Sumario

1. Punto de partida: la tarea pendiente del legislador español respecto al Derecho europeo vigente
2. Los sucesivos pasos dados de cara a la armonización pendiente
 - 2.1. El documento “Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”
 - 2.2. El Programa de trabajo de la Comisión para 2016: “No es momento de dejar las cosas como están”
 - 2.3. La Comunicación de la Comisión “Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor”
3. El acceso más amplio a los contenidos digitales: la portabilidad transfronteriza
 - 3.1. Las diversas causas del problema
 - 3.2. La solución jurídica pensada
4. La revisión de la Directiva de satélite y cable
5. La armonización de las excepciones a los derechos de p. i. en los entornos digital y transfronterizo
 - 5.1. La excepción relativa a la ilustración con fines educativos
 - 5.2. La excepción llamada “libertad de panorama”
 - 5.3. La excepción de discapacidad
 - 5.4. La excepción relativa a la minería de textos y datos
 - 5.5. La excepción a favor de las bibliotecas
 - 5.6. La excepción relativa a la conservación del patrimonio cultural
 - 5.7. La excepción de copia privada
6. La preocupación por la remuneración de los titulares de los derechos de p. i. en el entorno en línea; en particular, por posibles actos de comunicación pública
7. El efectivo cumplimiento de los derechos de p. i.
8. Fomento de una visión a largo plazo: ¿Un título único de derechos de p. i.?
9. Tabla de jurisprudencia citada

1. Punto de partida: la tarea pendiente del legislador español respecto al Derecho europeo vigente

La última de las muchas reformas de que ha sido objeto el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual ¹ (en adelante, TRLPI) se operó por la Ley 21/2014, de 4.11 ², que entró en vigor con carácter general el 1.1.2015 y cumplió el cometido de incorporar a nuestro ordenamiento ³ la Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27.9.2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines, y la Directiva 2012/28/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25.10.2012, sobre ciertos usos autorizados de las obras huérfanas.

Pero el legislador español era ya consciente por entonces de que se necesitaba una reforma del TRLPI más en profundidad que la motivada por la mencionada incorporación, de modo que en la Disposición final 4.^a de la citada Ley se aventuró a decir que *“El Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, realizará los trabajos preliminares necesarios, en colaboración con todos los sectores y agentes interesados, para preparar una reforma integral de la Ley de Propiedad Intelectual ajustada plenamente a las necesidades y oportunidades de la sociedad del conocimiento”*. Se añadía a ello que *“Con vistas a esa reforma deberán evaluarse, entre otros aspectos, el régimen aplicable a la gestión colectiva de derechos, el régimen de compensación equitativa por copia privada y las competencias y naturaleza del regulador”*. Si tales trabajos preliminares se efectuaron o no es cosa al parecer desconocida para terceros⁴. Pero puede pensarse razonablemente que no resultaba ajeno ⁵

¹ Aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril (BOE nº 97, de 22.4.1996).

² Por la que se modifica el TRLPI, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 268, de 5.11.2014).

³ Cfr. el apartado II de su Exposición de Motivos y su Disposición final 3.^a

⁴ El 29.3.2016 se presentó a la Mesa del Congreso una pregunta por un diputado del Grupo Parlamentario Catalán (Democràcia i Llibertat) en la que se interrogaba al Gobierno por los trabajos preliminares a que aludía la Disposición final 4.^a de la Ley 21/2014. El texto literal de la misma es accesible desde BOCG, Serie D, nº 53 - 14.4.2016, p. 36, pregunta 184/001261. La iniciativa, sin embargo, caducó como consecuencia de la disolución de las Cámaras de la XI Legislatura: cfr. BOCG, Serie D, nº 76 - 20.5.2016, p. 248.

⁵ Y es que ya en 2012, como consecuencia de lo previsto en el Protocolo (nº 2) — anejo al Tratado de Lisboa de 2007 — sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la Comisión Mixta para la Unión Europea hubo de pronunciarse acerca del control del cumplimiento del principio de subsidiariedad en relación con la iniciativa legislativa representada por la Propuesta de Directiva a la que seguidamente me refiero en el texto. El informe al respecto fue presentado por la Presidenta de dicha Comisión y aprobado por esta en la sesión celebrada el 8.10.2012, pudiendo leerse la intervención de aquella en el Diario de Sesiones de las Cortes Generales. Comisiones Mixtas, nº 34, pp. 12-13, correspondiente a ese día. El Dictamen (nº 6/2012, de 8.10) emitido —que concluyó que tal iniciativa era respetuosa con dicho principio, sin perjuicio de formular algunas observaciones— puede consultarse en BOCG, Serie A, nº 89 - 19.10.2012, pp. 13-15. Además, en 2013 se formuló una pregunta (la nº 184/039949) al Gobierno, en demanda de respuesta escrita, en el sentido de si la reforma del TRLPI y de la LEC que se estaba tramitando entonces (en fase de Anteproyecto) se ajustaba al texto común sobre la Propuesta de la que luego terminaría siendo la Directiva citada en el texto. Cfr. el texto literal de la pregunta en el BOCG, Serie D, nº 376 - 16.12.2013, p. 1674. La respuesta del Gobierno —que puede consultarse en el BOCG, Serie D, nº 442 - 16.4.2014, p. 117— fue la de que existía plena compatibilidad entre ambas propuestas de textos, si

a la última previsión transcrita el hecho de que el 20.3.2014 se hubiera publicado en el DOUE la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26.2.2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado interior. Tal Directiva entró en vigor el 9.4.2014 y su art. 43 previó que el plazo *para poner en vigor* las disposiciones de que los Estados miembros se hubiesen valido para su transposición acabaría el 10.4.2016, sin que hasta el momento se haya presentado proyecto de ley alguno tendente a su incorporación a nuestro ordenamiento⁶.

Pues bien, como vamos a ver, tal reforma, anunciada como *integral*, seguramente habrá de esperar a que cuajen las iniciativas de la UE a que a continuación haré referencia, sin perjuicio, claro está, de que antes se acometa la transposición pendiente de la Directiva últimamente citada.

2. Los sucesivos pasos dados de cara a la armonización pendiente

2.1. El documento “Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”

El 6.5.2015 tenía lugar la presentación de la *Comunicación* de la Comisión —al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones— titulada *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa* ⁷, documento que comenzaba recordando la prioridad n.º 2 —*Un Mercado Único Digital Conectado*— de la Agenda de Jean-Claude Juncker ⁸. En su apartado 2.4 —que lleva por rúbrica *Un mejor acceso a los contenidos digitales – un marco europeo moderno de los derechos de propiedad intelectual*— ya se apuntaban varias necesidades: la de que tales derechos estuvieran más *armonizados*, haciendo énfasis en los problemas derivados de la territorialidad de los mismos, en las dificultades que en ocasiones suponen para los investigadores y para las instituciones educativas; la de contar con un sistema que los proteja de modo “equilibrado y eficaz” cuando son objeto de infracciones a escala comercial; la de aclarar

bien dejó claro que el actual (entonces) Anteproyecto de ley “*a pesar de estar plenamente ajustado a la propuesta de directiva, no es la norma de transposición de la misma, habida cuenta de la reflexión ulterior que deberá hacerse respecto de muchos de los aspectos de la citada propuesta de directiva y el plazo de transposición contemplado en ésta*”. Conviene precisar también que el Dictamen emitido por el Consejo de Estado en relación con el Anteproyecto de la que luego sería la Ley 21/2014 (referencia 1064/2013) se hizo eco de la tramitación de la Propuesta de Directiva, aconsejando tenerla muy en cuenta.

⁶ El 29.3.2016 se presentó a la Mesa del Congreso una pregunta por un diputado del Grupo Parlamentario Catalán (Democràcia i Llibertat) en la que se interrogaba al Gobierno por los trabajos que había realizado para la transposición de la Directiva, solicitando respuesta por escrito. Su texto es accesible desde BOCG, Serie D, n.º 53 - 14.4.2016, p. 36, pregunta 184/001263. La iniciativa, sin embargo, caducó como consecuencia de la disolución de las Cámaras de la XI Legislatura: cfr. BOCG, Serie D, n.º 76 - 20.5.2016, p. 249.

⁷ COM (2015) 192 final.

⁸ El documento en que se contienen las orientaciones políticas de Jean-Claude Juncker lleva por título *Un nuevo comienzo para Europa: mi Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático*. La versión española está disponible en http://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/pg_es.pdf

las normas aplicables a las actividades de los intermediarios en línea en relación con obras protegidas por aquellos; y, en fin, la de contar con medidas para garantizar una remuneración justa de los creadores. En línea con ello, se anunciaban en la *Comunicación* propuestas legislativas (cfr. pp. 8-9) para antes de finales de 2015 en diversos frentes (y alguna, en concreto, para 2016), con el fin de “reducir las diferencias entre los regímenes de derechos de propiedad intelectual nacionales y permitir un mayor acceso en línea a las obras por parte de los usuarios de toda la UE, en particular a través de nuevas medidas de armonización”.

2.2. El Programa de trabajo de la Comisión para 2016: “No es momento de dejar las cosas como están”

El 27.10.2015 presentaba la Comisión —al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las Regiones— su *Programa de trabajo de 2016*, intitulado *No es momento de dejar las cosas como están*⁹, rúbrica que es, sin duda, toda una declaración de intenciones. En él comenzaba la Comisión recordando que hacía un año había dado comienzo a una nueva etapa, basada en las directrices políticas adoptadas por Jean-Claude Juncker cuando era candidato a presidirla¹⁰ y las defendió ante la sesión plenaria del Parlamento europeo. Ya entonces se mostraba Juncker partidario de hacer un mucho mejor uso de las oportunidades que brindaba la tecnología digital, que —decía— no conoce fronteras, añadiendo que “Para ello, tendremos que tener la valentía de romper los compartimentos nacionales en materia de regulación de las telecomunicaciones, de legislación de derechos de autor y protección de datos, de gestión de las ondas de radio y de aplicación del Derecho de la competencia”¹¹. Tales sectores normativos, pues, se iban (y van) a ver necesariamente afectados por las iniciativas de la Comisión.

En el *Programa de trabajo* se anunciaba —apartado 2: *Un mercado único digital conectado*— que en diciembre de 2015 se presentaría la propuesta de la Comisión para “un enfoque más moderno y más europeo de los derechos de autor, que tenga en cuenta la revolución digital”, así como que se presentarían propuestas “sobre los derechos contractuales digitales”, a las que seguirían, en el curso del corriente año, otras sobre “los derechos de autor, el bloqueo geográfico, el flujo libre de datos, la nube y el IVA para el comercio electrónico”.

2.3. La Comunicación de la Comisión “Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor”

De resultas de tales previsiones, el 9.12.2015 presentaba la Comisión su *Comunicación* —al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las

⁹ COM(2015) 610 final.

¹⁰ El documento aparece datado el 15.7.2014 y en él se aludía separadamente a las diez áreas prioritarias de la agenda de trabajo de la Comisión.

¹¹ Afirmaciones hechas en el apartado 2 —*Un Mercado Único Digital Conectado*— del documento citado en la nota 9.

Regiones— titulada *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*¹², en la que entró a detallar, desarrollando las actuaciones anunciadas en el documento *Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*, los concretos aspectos que necesitan de una reforma con el objetivo de hacer plenamente real el mercado único digital y, a fin de cuentas, cómo se propone lograr un “marco europeo de los derechos de autor más moderno y más europeo”.

El plan de acción de la Comisión¹³ se articula en torno a cuatro pilares complementarios de igual importancia —y, a su vez, se crea una visión a largo plazo—, que son: 1) ampliación del acceso a contenidos en toda la UE; 2) excepciones a las normas sobre derechos de autor para una sociedad innovadora e inclusiva; 3) Creación de un mercado más justo; 4) Lucha contra la piratería.

A continuación, repararé en los distintos aspectos que aborda de forma separada la *Comunicación*¹⁴. El lector encontrará un tratamiento *proporcionado* al que reciben en ese documento, ocasionalmente engrosado —como sucede en el caso de la excepción de copia privada— por acontecimientos recientes y puntuales.

3. El acceso más amplio a los contenidos digitales: la portabilidad transfronteriza

3.1. Las diversas causas del problema

En el apartado 2 de su *Comunicación* —cuya rúbrica es “Un acceso más amplio a los contenidos en toda la UE”— la Comisión incide, en primer lugar, en el tema de las dificultades que está suponiendo el uso *transfronterizo* de los contenidos protegidos por derechos de autor¹⁵ para

¹² COM(2015) 626 final. Importa precisar que en la nota 5 de la *Comunicación* se aclara lo siguiente: “El término «obras» se utiliza en el presente documento para designar tanto las obras protegidas por derechos de autor como otras prestaciones protegidas por derechos afines, según requiera el contexto” (la negrita es mía).

¹³ Como la propia Comisión declara, se basa en los trabajos preparatorios realizados en los últimos años, incluyendo la amplia *consulta pública* efectuada entre el 5.12.2013 y el 5.3.2014 acerca de la revisión de las normas europeas sobre propiedad intelectual. En http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf está disponible el informe final acerca de las respuestas proporcionadas.

¹⁴ El Parlamento Europeo aprobó el 19.1.2016 una Resolución sobre la iniciativa «Hacia un Acta del Mercado único digital». Cfr., en su apartado 2.4, las opiniones que le merecen a la eurocámara los distintos extremos de la *Comunicación* de la Comisión.

¹⁵ El término “contenidos digitales” aparecía definido en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea —COM(2011) 635 final— de la siguiente forma: “los datos producidos y suministrados en formato digital, siguiendo o no las especificaciones del consumidor, incluidos los contenidos videográficos, sonoros, fotográficos o escritos; los juegos digitales; los programas informáticos y los contenidos digitales que permitan personalizar equipos o programas informáticos existentes, con exclusión de: (...)” [art. 2 (j)]. Esta definición ha sido parcialmente rescatada en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales —COM(2015) 634 final, presentada el 9.12.2015—, que en su art. 2.1 define el término “contenido digital” así: “a) datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de software, b) servicio que permite la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean

personas que se desplazan por el interior de la UE y que los han adquirido o están abonadas a los mismos ¹⁶, observando que, precisamente por ello, *“el mercado único digital no se ha hecho aún realidad”*, lo que resulta contradictorio con *“una internet que, intrínsecamente, no conoce fronteras”*.

La Comisión apunta, como una de las posibles causas de tales dificultades, *“a los derechos de autor y a su aplicación territorial”*. Y si bien observa que esos derechos (junto con los llamados *vecinos*) se hallan en gran medida armonizados a nivel de la UE, *“siguen siendo territoriales”*, atribuyéndole a esta afirmación el siguiente significado: *“(…) en lugar de existir un único título de derechos de autor válido simultáneamente en toda la UE, existen 28 títulos nacionales distintos”* ¹⁷, concluyendo que *“El uso de una obra en todos los Estados miembros exige la concesión de una licencia, o de varias, que cubran cada territorio nacional”*.

Tras tales afirmaciones late, obviamente, el tema del alcance *geográfico* de las autorizaciones de explotación concedidas por los titulares originarios de los derechos a sus respectivos cesionarios. Descendamos en este punto por un momento a la legislación patria, en la que el art. 43.1 TRLPI —aplicable *directamente* sólo a las cesiones de derechos de autor, puesto que tal precepto no queda incluido en la remisión que hace el art. 132 TRLPI a determinadas disposiciones del Libro I del mismo cuerpo legal— prevé que *“los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos «inter vivos», quedando limitada la cesión (...) al tiempo y ámbito territorial que se determinen”*. Que ese ámbito territorial puede ser tan amplio como se quiera lo revela el ap. 2 del mismo precepto, al prever que su falta de mención limite la cesión *“al país en el que se realice”*. Es muy probable que esto último no sea lo más frecuente y que juegue la previsión del apartado 1. Pues bien, con la vista puesta —como es obligado en el contexto de las afirmaciones que hace la Comisión— en contratos de cesión de derechos relativos a *obras audiovisuales* (películas, series de TV) que estén sometidos al TRLPI, cabe, en efecto, que —por las razones que sea— los titulares hayan limitado geográficamente su cesión a los prestadores de servicios de suministro de contenidos digitales. Como es lógico, para no incumplir el correspondiente contrato los prestadores no suministrarán a sus abonados los contenidos *“más allá”* de las fronteras del país o países para el/los cual/es han obtenido el consentimiento de los titulares de los derechos, impidiendo que accedan a ellos desde direcciones IP *“situadas”* fuera del territorio de que en cada caso se trate.

De vuelta al nivel de la UE, como recuerda la Comisión, se ha tratado de facilitar la concesión de licencias *multiterritoriales* ¹⁸, pues *“la territorialidad de los derechos no impide por sí misma”* tal cosa. Es, exactamente, lo mismo que sucede con la previsión del art. 43.1 TRLPI. Mas, como también

facilitados por el consumidor, y c) servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio”.

¹⁶ Varios ejemplos de ello se refieren al responder a la pregunta *Do you have examples?* en el documento *Making EU copyright rules fit for the digital age - QUESTIONS & ANSWERS*, disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6262_en.htm. Conviene aclarar que esos contenidos están por lo general protegidos por derechos de p. i. (e-books, films, juegos, música).

¹⁷ Volveré sobre este punto *infra*, 8.

¹⁸ Mediante la Directiva 2014/26/UE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 26.2.2014.

observa la Comisión, una concesión de ese tipo “*en ocasiones es difícil o imposible*” de conseguir. En otras ocasiones, según la Comisión, la causa del problema del (no) uso transfronterizo no reside en el alcance geográfico de la cesión de derechos, sino en que los prestadores deciden limitar el servicio a un territorio determinado, “*aun cuando tengan o puedan obtener licencia para cubrir un territorio más amplio, incluso la totalidad de la UE*”¹⁹.

3.2. La solución jurídica pensada

Para conseguir el objetivo del pleno acceso transfronterizo a los contenidos digitales, la Comisión —reconociendo que la solución de ese problema requiere de un enfoque progresivo— presentó el mismo día (9.12.2015), junto con la *Comunicación* a la que me vengo refiriendo, una *Propuesta de Reglamento* ²⁰ sobre la portabilidad de los servicios de contenidos en línea, “*tendente a garantizar que los usuarios que estén abonados a contenidos o los hayan adquirido en su país de origen puedan acceder a ellos cuando se encuentren temporalmente en otro Estado miembro*”.

Seguidamente resumiré en pocas líneas el contenido de la *Propuesta*, que en sí misma no es extensa, componiéndose de sólo 8 arts. Empezaré por el instrumento legislativo elegido: un *reglamento*. En el Considerando (28) de la *Propuesta* ²¹ se confirma que, al tratarse de una norma

¹⁹ Ambas causas del problema resultan aludidas en el Considerando (4) de la *Propuesta* a que inmediatamente haré referencia.

²⁰ COM (2015) 627 final. El nombre completo es *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se garantiza la portabilidad transfronteriza de los servicios de contenidos en línea en el mercado interior*. Los arts. que seguidamente se citan y/o transcriben en el texto corresponden a la versión inicial de la *Propuesta*. En estos momentos (18.7.2016), una vez han opinado sobre el texto de la *Propuesta* los órganos consultivos de la Unión —el Comité Económico y Social Europeo (27.4.2016) y el Comité de las Regiones (8.4.2016)—, el procedimiento legislativo ordinario se encuentra pendiente, en el Parlamento Europeo, de la *decisión* de la Comisión competente para el fondo, que es la de *Asuntos Jurídicos*, si bien resulta aplicable el art. 54 del Reglamento del Parlamento Europeo, referido al procedimiento de las *comisiones asociadas* (que en el caso de la *Propuesta* examinada lo son la de *Mercado Interior y Protección del Consumidor* y la de *Cultura y Educación*, habiendo emitido esta última su opinión el 29.6.2016, que incluye un total de 41 enmiendas). El ponente designado en su seno (Jean-Marie Cavada) emitió el 21.6.2016 el obligado *Proyecto de Informe*, que incluye las enmiendas a la *Propuesta* (un total de 41) y el *Proyecto de Resolución Legislativa* —como también es obligado, ex art. 49.3 del Reglamento del Parlamento Europeo—. La fecha estimada de celebración de la sesión plenaria del Parlamento Europeo para la *primera lectura* (recuérdese que el TFUE no prevé ningún límite al respecto) es el 17.1.2017, según puede verse en [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=&reference=2015/0284\(COD\)#tab-0](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=&reference=2015/0284(COD)#tab-0). En lo que a la posición del Consejo se refiere, la *Propuesta* ha sido examinada por el Comité de Representantes Permanentes y en la *Nota* hecha pública el 18.5.2016 —disponible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8939-2016-INIT/en/pdf>— se informa de que aquel alcanzó un amplio acuerdo sobre la *Propuesta de compromiso de la Presidencia*, tal como figura en el *Anexo* a esa *Nota*, invitando al Consejo a resolver dos importantes cuestiones pendientes [la de la definición del término “presente temporalmente en un Estado miembro” —art. 2.d) de la *Propuesta de compromiso*— y la de la exención de la obligación de verificar el Estado miembro de residencia —art. 3B (5) y (6) de la *Propuesta de compromiso*—] y a adoptar un *enfoque general* sobre la *Propuesta*, que fue acordado el 26.5.2016.

²¹ Y, previamente, en la Exposición de Motivos de la misma: cfr. su ap. 2 —*Base jurídica, subsidiariedad y proporcionalidad*—, p. 5.

directamente aplicable, se garantiza “una aplicación uniforme de la normativa sobre la portabilidad transfronteriza en los Estados miembros y su entrada en vigor simultánea con respecto a todos los servicios de contenidos en línea”, ligando tal afirmación al “grado de seguridad jurídica necesario para que los consumidores puedan beneficiarse plenamente de la portabilidad transfronteriza en toda la Unión”. No hay duda de que, habida cuenta de las dificultades apuntadas *supra* respecto al (no) uso transfronterizo, un reglamento es la mejor opción. Y, siendo así, no se precisará modificar el TRLPI en lo relacionado con las normas sobre cesión de derechos de p. i.

Tras las imprescindibles definiciones —hechas “A efectos del presente Reglamento” y que, como se afirma en la Exposición de Motivos, “deben interpretarse de modo uniforme en la UE”—, que se contienen en el art. 2, la disposición fundamental de la *Propuesta* aparece en su art. 3.1), con arreglo al cual “El prestador de un servicio de contenidos en línea **hará posible** que el abonado que se encuentre **presente temporalmente** en un Estado miembro [por presente temporalmente hay que entender, con arreglo al art. 2 d), la presencia de un abonado en un Estado miembro distinto al de su residencia] pueda acceder al servicio de contenidos en línea y utilizarlo” (la negrita es mía). Se contempla, pues, una obligación de resultado para los prestadores de ese tipo de servicios. La cuestión que entonces se plantea es: ¿Cómo se asegura la *Propuesta* de que los prestadores lo conseguirán? Ya en el Considerando (29) se anunciaba que “el presente Reglamento no afecta sustancialmente a la manera en que se conceden los derechos ni obliga a los titulares de derechos y a los prestadores de servicios a renegociar sus contratos”, afirmación que constituye, sin duda, una pista fundamental para entender la solución técnico-jurídica adoptada. Y se añadía a ella, desde otra perspectiva, que “La propuesta tampoco exige que los prestadores tomen medidas para garantizar la calidad de la prestación de los servicios de contenidos en línea fuera del Estado miembro de residencia del abonado”.

El “milagro” se ha obrado recurriendo, en el art. 4, a una suerte de ficción jurídica en cuya virtud “Se considerará que la prestación de un servicio de contenidos en línea ²², así como el acceso al servicio y su uso por parte de un abonado de conformidad con el artículo 3, apartado 1, se produce **únicamente** en el Estado miembro de residencia, incluso a efectos de la Directiva 96/9/CE, la Directiva 2001/29/CE, la Directiva 2006/115/CE, la Directiva 2009/24/CE y la Directiva 2010/13/UE”. En consecuencia, de conformidad con lo que anunciaba el Considerando (20), no será necesario que los prestadores de servicios de contenidos en línea adquieran de los titulares correspondientes los derechos (la licencia) que les permitirían suministrar lícitamente tales contenidos en el Estado miembro en que se encuentra temporalmente su abonado, lo que habría supuesto para ellos una posición más onerosa y, sin duda, terminaría por repercutir en el coste del servicio para el abonado. Se viene a proporcionar así un blindaje jurídico absoluto a la posición de los prestadores con el fin de

²² En el art. 2.e) de la *Propuesta*, se define al servicio de contenidos en línea como “un servicio, tal como se define en los artículos 56 y 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que un prestador de servicios presta legalmente en línea en el Estado miembro de residencia con carácter portable y que constituye un servicio de comunicación audiovisual con arreglo a la Directiva 2010/13/UE o un servicio cuya característica principal es la provisión de acceso y la utilización de obras, otras prestaciones protegidas o transmisiones de organismos de radiodifusión, ya sea en forma lineal o a la carta, que se presta a un abonado según condiciones acordadas: 1) contra remuneración; o bien 2) sin remuneración, siempre que el Estado miembro de residencia del abonado sea verificado por el prestador de servicios”.

conseguir a ultranza el objetivo deseado: el pleno acceso transfronterizo a los contenidos. Los actos relevantes a efectos de los derechos de propiedad intelectual [en adelante, p. i.] (reproducción, comunicación al público y puesta a disposición de obras y prestaciones) necesariamente han de considerarse ejecutados con la cobertura que les proporciona la licencia concedida a los prestadores por los titulares para el Estado de residencia del abonado, sin que, por tanto, se produzcan infracciones a los derechos de p. i. implicados.

Estas previsiones se redondean ²³ con la del art. 5 de la *Propuesta*, que viene a cercenar la eficacia de la autonomía de la voluntad, al disponer que “Será **inaplicable** toda disposición contractual (...), que sea contraria al artículo 3, apartado 1, o al artículo 4” (la negrita es mía). Ya anunciaba el Considerando (22) este efecto, previsto para evitar que los prestadores tengan que responder por lo que los titulares podrían considerar un incumplimiento contractual.

En lo que se refiere a la *calidad del servicio*, tampoco la solución adoptada en el art. 3.1 de la *Propuesta* debe repercutir en una mayor *onerosidad* para el prestador. Así lo anunciaba el Considerando (19) ²⁴ y lo recoge el art. 3.2, conforme al cual “La obligación que establece el apartado 1 no se hará extensiva a los requisitos de calidad aplicables a la prestación de un servicio de contenidos en línea a que esté sujeto el prestador cuando preste tal servicio en el Estado miembro de residencia, salvo que el prestador haya acordado expresamente lo contrario”.

4. La revisión de la Directiva de satélite y cable

También en el apartado 2 de su Comunicación la Comisión apunta, en segundo lugar, a la presentación de “*propuestas legislativas para su adopción en la primavera de 2016*”, con tres objetivos concretos, el primero de los cuales es “*mejorar la distribución transfronteriza de programas de radio y televisión en línea, a la luz de los resultados de la revisión de la Directiva de satélite y cable*”.

Esta Directiva —que es la Directiva 93/83/CEE ²⁵, del Consejo, de 27.9, en vigor desde el

²³ La *Propuesta* termina con la precisión de que “El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos (...)”, lo que no es sino un recordatorio de lo previsto por el art. 288 del TFUE.

²⁴ Que reza así: “Exigir que la prestación de servicios de contenidos en línea a los abonados presentes temporalmente en Estados miembros distintos del de residencia sea de la misma calidad que en el Estado miembro de residencia podría dar lugar a unos elevados gastos para los prestadores de servicios y, en última instancia, para los abonados”. Los costes directos que para los prestadores supondrá la implementación del Reglamento quedarán limitados, según la Exposición de Motivos, a los que le “supone al prestador de servicios la autenticación del Estado miembro de residencia de los abonados”. Como se afirma en el documento *Making EU copyright rules fit for the digital age - QUESTIONS & ANSWER* —disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-6262_en.htm—, los costes serían sólo marginales, añadiéndose que “These costs will relate to the need to re-configure their user authentication systems, which will move from a geo-blocking approach to a temporary access approach”.

²⁵ Directiva sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable. Fue transpuesta a nuestro ordenamiento mediante la Ley 28/1995, de 11 de octubre (BOE nº 245, de 13.10.1995), que quedó derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12.4, aprobatorio del TRLPI.

1.1.1995— conforma, desde el punto de vista de los derechos de p. i., el marco jurídico de la emisión y recepción transfronteriza de *servicios* de radiodifusión, y vino a ser en su día el complemento de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3.10.1989 —conocida como la Directiva “televisión sin fronteras” —, siéndolo en la actualidad de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10.3.2010 ²⁶, de servicios de comunicación audiovisual, que derogó a la 89/552 (cfr. art. 34). La revisión aludida *supra* no surge de la nada, siendo el resultado de un “proceso” de seguimiento de la aplicación de la Directiva que arrancó con el *Informe* publicado por la Comisión Europea el 26.7.2002 —COM(2002) 430 final—, si bien entonces, en pleno avance de la televisión digital e Internet, se concluyó que era demasiado pronto para apreciar el alcance de los cambios que se avecinaban en la oferta de los servicios audiovisuales y en la previsible modificación de los comportamientos de los telespectadores, y, por ende, para decidir si se debía ampliar el ámbito de aplicación de aquella. Más recientemente, dos *consultas públicas* han servido para obtener respuestas de interés en relación con temas tratados por la Directiva 93/83/CEE, pese a que no estaban centradas en ellos: por un lado, el *Libro Verde sobre la distribución en línea de obras audiovisuales en la Unión Europea: oportunidades y problemas en el avance hacia un mercado único digital* [COM(2011) 427 final, 13.7.2011], que incluía cuestiones sobre la extensión del régimen de autorización o licencia de derechos establecido en la Directiva a la transmisión *en línea* de obras audiovisuales; y, por otro lado, la amplia consulta hecha en 2013 sobre la revisión de las normas europeas de derechos de p. i. —cfr. http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf—, que incluía cuestiones sobre el alcance territorial de los derechos involucrados en transmisiones digitales y la segmentación del mercado a través de acuerdos de licencia; más específicamente, algunas cuestiones de esta consulta incidían directamente en el problema de la prestación de —y el acceso transfronterizo a— servicios en línea.

No debe extrañar, por ello, que la revisión de tal Directiva constituyera, en efecto, una de las 16 iniciativas contenidas en el documento *Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa* ²⁷ con el fin de posibilitar el logro del mismo. Ello se previó con el fin de evaluar si es necesario ampliar su ámbito para cubrir las transmisiones *en línea* llevadas a cabo por los organismos de radiodifusión y, asimismo, si son necesarias medidas de más alcance para mejorar el acceso transfronterizo a los servicios de radiodifusión.

²⁶ Habiendo lanzado una *consulta pública* al respecto (que se desarrolló entre el 6.7 y el 30.9.2015) y estando prevista la revisión de tal Directiva como una acción concreta en el documento *Una estrategia para el mercado único digital de Europa*, ha de apuntarse aquí que la Comisión presentó la Propuesta de modificación de dicha Directiva el 25.5.2016: COM (2016) 287 final. La Propuesta amplía el ámbito de aplicación de la Directiva para cubrir, en determinados aspectos, los servicios de las plataformas de distribución de vídeos que no tienen la responsabilidad editorial de los contenidos que almacenan, pero que los organizan por diversos medios, manteniendo intacta la regla de exención de responsabilidad de los proveedores de servicios de alojamiento prevista en el art. 14 de la Directiva 2000/31/CE, relativa al comercio electrónico.

²⁷ En su *Anexo* —cfr. p. 22— puede verse la *Hoja de ruta* diseñada al efecto, con expresión de las concretas acciones y su respectivo calendario.

Como parte del proceso de revisión de esa norma, la Comisión lanzó una *consulta pública* el 24.8.2015, que quedó cerrada el 16.11.2015²⁸. Sin embargo, en el momento de finalizar la redacción de este trabajo (18.7.2016), aún no ha adoptado medidas concretas²⁹. No hace mucho, el 4.5.2016, la Comisión hizo público el *full report* sobre dicha consulta. Por obvias razones de espacio, no es posible entrar aquí a comentar todos los extremos a que se alude en él, pero sí destacar el más llamativo. Y, en este sentido, a mi juicio lo es el dato de que las opiniones se hallan divididas acerca de la eventual conveniencia de extender el principio del país de origen a las transmisiones en línea (2.^a parte de la consulta): mientras los representantes de los consumidores se muestran partidarios de una amplia extensión del mismo, que cubra todos los servicios en línea, los titulares, en general, se han posicionado en contra de cualquier extensión de aquél, pues entienden —entre otras cosas— que ello conduciría de facto a licencias paneuropeas y restringiría su capacidad para licenciar los derechos sobre una base territorial, decidiendo los espacios concretos de la UE para los que los concederían, participando de tales argumentos, asimismo, las entidades de gestión de derechos de p. i.; por su parte, las entidades de radiodifusión se muestran divididas, según que se trate de radiodifusores que prestan servicios públicos o de radiodifusores comerciales, estando todos de acuerdo, sin embargo, en que la libertad contractual debería ser íntegramente mantenida, al permitirles limitar la explotación de los derechos por territorios. Por último, en lo que se refiere a los proveedores de servicios, se detecta cierta división entre los que suministran acceso a Internet —que son los más favorables, arguyendo que la aludida extensión del principio significaría permitirles suministrar contenidos digitales a lo largo y ancho de la UE— y otros, como los operadores de redes de

²⁸ Buscaba la Comisión con la revisión conocer el punto de vista de los consumidores, de autoridades públicas, de entidades de radiodifusión, de autores, de productores de fonogramas y videogramas, de artistas intérpretes, de entidades de gestión colectiva, de operadores de satélite y cable, de proveedores (o prestadores) de acceso a internet, así como de cualesquiera otros interesados. La encuesta, compuesta por un total de 33 ítems, se dividió en dos partes: la 1.^a, dedicada a la *valoración de las actuales disposiciones*, se subdividió en dos apartados, versando las cuestiones planteadas en el 1.º sobre el *principio del país de origen en relación con la comunicación al público vía satélite*, mientras que las que integraban el 2.º se referían a la *gestión de los derechos de retransmisión por cable*; la 2.^a, destinada a la *evaluación de la necesidad de ampliación de la Directiva*, se subdividía, a su vez, en tres apartados, relacionado el 1.º con la *extensión del principio del país de origen*, el 2.º con la *extensión del sistema de gestión previsto para la retransmisión por cable*, y el 3.º con la *extensión del sistema de mediación* —previsto en los arts. 11 y 12 de la Directiva— y la *obligación de negociar*. Se obtuvieron 256 respuestas (sólo 10 de ellas procedían de España), de las cuales 56 correspondieron a particulares y 200 a organizaciones, compañías o instituciones. En la nota siguiente y en el texto se incide sumariamente sobre los resultados.

²⁹ Sí que procedió tempranamente la Comisión a un análisis de las respuestas recibidas, de resultados del cual publicó en su *web* lo que llamó las *tendencias preliminares* de las mismas, y ya el 16.12.2015 el Ejecutivo comunitario reveló —adelantando que lo hacía sin perjuicio de un análisis más en profundidad de las respuestas recibidas— que: 1º) en cuanto al régimen del satélite, la mayoría de los encuestados consideró que siguen siendo relevantes las previsiones de la Directiva, incluyendo el “principio del país de origen” [contemplado en el art. 1.2.b) de la Directiva, de la máxima importancia, por prever que el acto *relevante* desde el punto de vista de los titulares de los derechos, o sea, la *comunicación al público* —vía satélite, en este caso— se produce únicamente en el Estado miembro en el que la señal portadora de los programas es “inyectada”], sin que, sin embargo, hubiese un claro consenso acerca de si el mismo debe ser extendido a las transmisiones *en línea*; 2.º) en lo que hace al régimen del cable, también la mayoría consideró que las previsiones existentes acerca de la retransmisión por cable siguen siendo relevantes, no habiendo acuerdo acerca de si es conveniente o no extender el sistema aplicable a ella a las plataformas que no sean de cable.

telecomunicaciones, de cable, los de televisión que trabajan con el Protocolo Internet, de televisión digital terrestre y de vídeo a demanda, que se mostraron más prudentes.

Resulta obvio, a la vista de estas opiniones, que la Comisión tendrá que empeñarse en resolver algo que ya detectó en el Informe que publicó en 2002: la conciliación de los derechos de los titulares con el principio de la libre circulación de los servicios y las expectativas de los telespectadores de acceder a los mismos.

5. La armonización de las excepciones a los derechos de p. i. en los entornos digital y transfronterizo

En el apartado 3 de su Comunicación —intitulado “*Adaptación de las excepciones a los entornos digital y transfronterizo*” — se aborda un tema de la máxima importancia. La Comisión comienza aquí recordando que “*la fragmentación de la normativa sobre derechos de autor en la UE resulta especialmente perceptible en el ámbito de las excepciones*”³⁰. Se parte, para afirmar tal cosa, de una simple constatación *de lege lata*: sólo en dos casos las excepciones a los derechos de autor son *obligatorias*, por lo que puede decirse que las materias o supuestos a que se refieren están completamente armonizados. En este orden de cosas, conviene aquí recordar que el art. 5.2 de la Directiva 2001/29/CE³¹ prevé que “*los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones al derecho de reproducción contemplado en el artículo 2 en los siguientes casos*”, enumerándose hasta cinco supuestos; por su parte, el art. 5.3 de la misma norma añade que “*los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 y 3 [o sea: el de reproducción (art. 2) y el de comunicación pública de obras y el de puesta a disposición del público de prestaciones protegidas (art. 3)] en los siguientes casos*”, enumerándose hasta quince supuestos. No resulta difícil colegir, a la vista de tales previsiones, que la implantación de las excepciones en los Estados miembros puede ser muy diversa, circunstancia de la que se hace eco la Comisión. Pero esta va más allá, añadiendo que, por no estar las mismas definidas pormenorizadamente, una excepción contemplada en un Estado miembro puede estar sujeta a condiciones diferentes en otro que también la prevé o tener distinto alcance.

5.1. La excepción relativa a la ilustración con fines educativos

Ya entrando en materia, la Comisión se hace eco de que (se) ha detectado que tal situación plantea problemas en el caso de las excepciones “*estrechamente relacionadas con la educación, la investigación y el acceso al conocimiento*”, aludiendo, en primer lugar, a la *excepción relativa a la ilustración con fines educativos*, prevista en el art. 5.3.a) de la Directiva 2001/29/CE³², de la que

³⁰ Cfr. los núms. 43 a 46 —en el apartado 2.4.— de la Resolución del Parlamento Europeo de 19.1.2016, sobre la opinión que las *excepciones* le merecen a la eurocámara.

³¹ Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22.5.2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

³² Cfr. sus Considerandos (14), (34) y (42).

afirma que “es un buen ejemplo de las diferentes formas en que los Estados miembros aplican las excepciones, en particular cuando se atiende al modo en que interpretan cómo deben aplicarse en los entornos digitales”. Y refiere a continuación la Comisión un entorno en el que resulta muy fácil apreciar los problemas que plantean las diferencias en el tratamiento de la excepción por los distintos Estados, diferencias que la Comisión estima que “pueden actuar de freno” a ese entorno: el de los cursos en línea, el uso de tecnologías y materiales digitales en las aulas y el aprendizaje transfronterizo; o sea, en lo que hace ya tiempo que es el presente.

Está aquí implicada la excepción que el TRLPI contempla en su art. 32.3, cuya redacción actual se debe a la Ley 21/2014, que permitió beneficiarse de ella al “personal de Universidades y Organismos Públicos de investigación en sus funciones de investigación científica”, ampliando su ámbito de aplicación, de paso, a la enseñanza no presencial y en línea. Sin embargo, sigue pesando sobre los beneficiarios de la excepción la prohibición de realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de *libros de texto, manuales universitarios y publicaciones asimiladas*, salvo que se trate de los supuestos previstos en los ordinales 1.º y 2.º de la letra c).

La Comisión concluyó que era posible que en la primavera de 2016 presentara propuestas legislativas con el fin de “aclarar el ámbito de aplicación de la excepción de la UE relativa a la «ilustración con fines educativos» y su aplicación a usos digitales y al aprendizaje en línea”.

5.2. La excepción llamada “libertad de panorama”

Repara también la Comisión en la inseguridad que puede generar la heterogeneidad en la aplicación nacional de la excepción denominada usualmente *libertad de panorama*, que “permite tomar y subir a internet fotos de obras tales como edificios o esculturas situadas de forma permanente en lugares públicos”. ¿Conducirá ello a una modificación del art. 5.3.h) de la Directiva 2001/29/CE? Parece aún pronto para afirmarlo, pero sin duda no es descartable. Baste referir ahora que el pasado 23.3.2016 la Comisión lanzó una *consulta pública* (cuyo cierre se fijó para el 15.6.2016) ³³ mediante la que buscaba recabar opiniones acerca de si la actual situación legislativa sobre la excepción en los Estados miembros está provocando problemas específicos en el contexto del

³³ *Public consultation on the role of the publishers in the copyright value chain and on the ‘panorama exception’*. El tiempo dirá si, como consecuencia de la revisión comenzada, se instituye un nuevo *derecho vecino* europeo, del que serían titulares los editores —tema sobre el que, por cierto, nada se apunta en la Comunicación de la Comisión *Hacia un marco moderno y más europeo de los derechos de autor*, aunque sí en la Comunicación *Una estrategia para el Mercado Único Digital de Europa*—. Y es que la finalidad de la consulta, en la faceta relativa al rol de los editores, es precisamente analizar la conveniencia de introducir o no tal derecho, o, en su caso, la de detectar si hay una necesidad real de intervención de la UE en algunos sectores (así, en particular, en el de la prensa, comparándolo con otros sectores de publicaciones impresas), considerando como criterio base al respecto el del valor que los editores eventualmente añaden a la cadena que se inicia con la creación. La Comisión pretende estudiar el impacto que la llegada de ese derecho tendría en relación con el sector editorial, los ciudadanos y las industrias creativas y anunció la publicación de un *breve resumen* respecto a los resultados de la consulta para un mes después de su cierre, que a día 19.7 no se ha producido.

Mercado Único Digital³⁴.

En el TRLPI tal excepción está contemplada en el art. 35.2, que permite la reproducción, distribución y comunicación de aquellas obras por medio —entre otros— de procedimientos audiovisuales ³⁵ y de *fotografías*. Y estas —no se olvide— bien pueden constituir una obra protegida por derechos *de autor* [art. 10.1.h) TRLPI] bien quedarse en el escalón de objeto de un mero derecho *vecino* (art. 128 TRLPI). Llamativo resulta, sin duda, que una excepción a algunos derechos exclusivos (el de reproducción, el de distribución y el de comunicación pública) sirva para generar nuevos derechos de propiedad intelectual, que surgen en cabeza de los beneficiarios de aquella; mas este es el resultado del juego armónico de las disposiciones normativas implicadas: las creaciones de terceros sirven de base objetiva a la actividad creativa, de más o menos “altura” o ingenio, de quienes hacen uso de la excepción.

Como en el caso anterior, la Comisión apuntaba que era *posible* que en la primavera de 2016 presente propuestas legislativas con el fin de “*aclarar la actual excepción de la UE que permite la utilización de obras concebidas para estar situadas de forma permanente en el espacio público (la «libertad de panorama»), a fin de tener en cuenta los nuevos canales de difusión*”.

5.3. La excepción de discapacidad

A continuación incide la Comisión en los análogos problemas que plantea la excepción de *discapacidad*, por su carácter facultativo y la falta de efecto transfronterizo, poniendo de relieve en este punto que tales factores “*dificultan a las personas que padecen problemas con los textos impresos el acceso a los formatos especiales disponibles en virtud de la excepción sobre los derechos de autor de otro Estado miembro*”.

En efecto, la Directiva 2001/29/CE contempló esta excepción con ese carácter en su art. 5.3.b) ³⁶, estando en España recogida en el art. 31 bis 2 TRLPI, que sigue las orientaciones de aquél y que va aún más lejos, pues exonera también de la necesidad de autorización ínsita en el derecho exclusivo del autor los actos de *distribución*, en tanto que aquel precepto de la Directiva alude a la

³⁴ En lo que se refiere concretamente a la excepción de la que tratamos, la *consulta pública* se compone de 7 preguntas. Creo relevante destacar aquí que en una de ellas se pide a los encuestados que contesten si están o no utilizando este tipo de obras en el contexto de su negocio o actividad (así: en publicaciones, en obras audiovisuales, en la publicidad), lo que nos pone sobre la pista del posible valor que las mismas añaden a uno u otra. Lógico resulta, por tanto, que se interrogue también por los efectos que tendría, en relación con la actividad de aquellos, la introducción a nivel de la UE de una excepción que cubriera así el uso comercial como el no comercial de tales obras.

³⁵ Susceptibles de generar *grabaciones audiovisuales*, en el sentido que esta expresión recibe en el art. 120.1 TRLPI. Recordatorio este que va en la línea de lo que seguidamente se apunta en el texto.

³⁶ Nótese, con todo, que en el Considerando (43) de la Directiva se decía lo siguiente: “*Es importante, en cualquier caso, que los Estados miembros **adopten** todas las medidas pertinentes para favorecer el acceso a las obras a quienes sufran una minusvalía que constituya un obstáculo a la utilización de las obras en sí mismas, prestando especial atención a los formatos accesibles*” (la negrita es mía).

posibilidad de los Estados miembros de establecer excepciones o limitaciones a los derechos “a que se refieren los artículos 2 y 3” (reproducción y comunicación pública), si bien el art. 5.4 permite que los Estados puedan igualmente establecer excepciones o limitaciones al derecho de distribución en ciertas circunstancias.

En lo atinente a esta excepción, el problema aludido se verá resuelto a nivel comunitario —cfr. art. 216.2 del TFUE— como consecuencia de la adhesión de la UE al Tratado de Marrakech³⁷, pendiente de ratificación y aplicación por la misma, una vez aquél entre en vigor en la forma dispuesta por su art. 18, lo que acontecerá el próximo 30.9.2016. Tal Tratado³⁸ exige a las Partes Contratantes (aquí, a la UE) la introducción en sus normas sobre derecho de autor de excepciones o limitaciones que permitan la reproducción, distribución y puesta a disposición³⁹ “para facilitar la disponibilidad de obras en formato accesible en favor de los beneficiarios”⁴⁰, con la consecuencia de que deberán “permitir los cambios necesarios para hacer accesible la obra en el formato alternativo” [art. 4.1.a)].

Partiendo de las definiciones que se hacen en el art. 2⁴¹, el efecto fundamental se prevé en el art. 5 —que lleva por rúbrica “Intercambio transfronterizo de ejemplares en formato accesible”—, cuyo ap. 1

³⁷ Adoptado el 27.6.2013 por la Conferencia Diplomática sobre la conclusión de un tratado que facilite a las personas con discapacidad visual y a las personas con dificultad para acceder al texto impreso el acceso a las obras publicadas. Su nombre completo es *Tratado de Marrakech para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso*. Se trata de un Tratado administrado por la OMPI, en cuyo sitio web está disponible su texto: http://www.wipo.int/wipolex/es/treaties/text.jsp?file_id=302980. También en ese sitio se puede ver la relación de Partes Contratantes, entre las que no está España: http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=843 (vid. infra, nota 43). Según se lee en este enlace, la fecha de firma del Tratado por la UE fue el 30.4.2014. La entrada en vigor del mismo está prevista (art. 18) para cuando 20 Partes contratantes, que reúnan las condiciones previstas en el art. 15, depositen sus instrumentos de ratificación o adhesión. Canadá se convirtió recientemente en el vigésimo país en adherirse al Tratado, lo que determinará su entrada en vigor el 30.9.2016: cfr. http://www.wipo.int/pressroom/es/articles/2016/article_0007.html.

³⁸ Sin perjuicio de las imprescindibles referencias que se hacen seguidamente en el texto a algunas de sus disposiciones, no corresponde hacer aquí la glosa del mismo, para lo que remito a la reseña hecha por la propia OMPI, disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/marrakesh/summary_marrakesh.html.

³⁹ Tal como este último se establece en el art. 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (conocido por sus siglas en inglés: WCT). Con todo, en el art. 4.1.b) del Tratado de Marrakech se añade que las Partes podrán también prever una excepción relativa al derecho de representación o ejecución pública, esto es, a lo que en sentido estricto conocemos como *derecho de comunicación pública*.

⁴⁰ Que son las personas a las que se alude en el art. 3 del Tratado.

⁴¹ La de “obras” —a), respecto a la que se hace la *declaración concertada* de que en tal expresión se encuentran comprendidas las obras en formato audio, como los audiolibros—, la de “ejemplar en formato accesible” —b)— y la de “entidad autorizada” —c)—. Respecto a estas, véase la información referida en el enlace <http://www.accessiblebookconsortium.org/portal/en/index.html>, al que se llega desde el sitio web de la OMPI.

prevé que *“Una Parte Contratante dispondrá que, si un ejemplar en formato accesible es realizado en virtud de una limitación o de una excepción o por ministerio de la ley, ese ejemplar en formato accesible podrá ser distribuido o puesto a disposición por una entidad autorizada a un beneficiario o a una entidad autorizada en otra Parte Contratante”*.

Pues bien, la consecuencia de la *ratificación* por la UE del Tratado de Marrakech será que los Estados miembros que —en virtud del carácter *facultativo* que presenta en la Directiva 2001/29/CE— no hayan incorporado la excepción de discapacidad habrán de hacerlo; mas como quiera que, en virtud de aquél, la UE habrá de adoptar disposiciones específicas, asistiremos a la aprobación de la legislación comunitaria pertinente. Desde luego, la Comisión anuncia —como primera medida dentro del apartado que estoy considerando— que *“propondrá la legislación necesaria para aplicar el Tratado de Marrakech”*.

España, vista la redacción del art. 31 bis 2 TRLPI, necesitará añadir en su momento lo pertinente —p. e., en lo que se refiere a la precisión de los concretos beneficiarios de la excepción— cuando la UE adopte la legislación anunciada, salvo que lo haga mediante un *reglamento*⁴².

5.4. La excepción relativa a la minería de textos y datos

La Comisión alude seguidamente en su Comunicación a la que llama *“minería de textos y datos”*, observando que en relación con ella es necesario *“evitar las situaciones de desigualdad en el mercado único”* y *“reflejar mejor los avances tecnológicos”*. Está en peligro aquí la seguridad jurídica que demanda la comunidad investigadora, pues, como apunta el Ejecutivo comunitario, en virtud de esa minería *“los ordenadores leen y analizan grandes volúmenes de contenidos digitales en el contexto de la ciencia y la investigación”*.

Respecto a esta concreta materia, la Comisión anunció que era posible que en la primavera de 2016 presentara una propuesta legislativa con el fin de *“permitir a las organizaciones de investigación de interés público **practicar la minería de textos y datos sobre los contenidos a los que tienen acceso legal**, con plena seguridad jurídica, para fines de investigación científica”* (la negrita es mía). De haberse materializado esa idea, puede que ello lleve a ampliar el catálogo de excepciones o a modificar el art. 5.3.a) de la Directiva 2001/29/CE, lo que conduciría a los pertinentes retoques en el TRLPI.

5.5. La excepción a favor de las bibliotecas

El siguiente tema que aborda la Comisión es el relativo a la excepción en cuya virtud se autoriza a las bibliotecas y otras instituciones a permitir la consulta de obras en pantalla para la investigación y el estudio privado, que *“sólo se aplica a los terminales ubicados en los locales físicos de*

⁴² Como ya dije, nuestro país no es aún Parte Contratante en el Tratado de Marrakech, según resulta del 2.º enlace referido *supra*, nota 38. No obstante, ha de apuntarse aquí que el Ministerio de Asuntos Exteriores solicitó dictamen al Consejo de Estado respecto a tal Tratado y dicho órgano lo emitió (Referencia 86/2015) con fecha 18.3.2015, concluyendo que, por tener encaje en el art. 94.1.e) de la CE, la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por aquel requerirá la previa autorización de las Cortes Generales.

las bibliotecas, sin tener en cuenta las posibilidades que ofrece la tecnología actual para la consulta a distancia". Estamos ante la excepción permitida por el art. 5.3.n) de la Directiva 2001/29/CE, regulada en España en el art. 37.3 TRLPI, que contempla el derecho del autor a percibir una remuneración equitativa no exigida por la Directiva citada, pero permitida por ella ⁴³. Téngase en cuenta que la excepción española se condiciona a que la comunicación de las obras o su puesta a disposición se haga "*a personas concretas del público*" y "*a efectos de investigación*" ⁴⁴, lo que conduce a restringir el acceso a las obras —que necesariamente han de figurar en las colecciones del establecimiento— a quienes presumiblemente llevarán a cabo actividades de investigación, cuya determinación no siempre es sencilla: en principio, la obligada interpretación de la norma en relación con el contexto —aquí, *ad extra*— (art. 3.1 CC) conduce a la aplicación en este punto del art. 13.1 de la Ley 14/2011, de 1.6 ⁴⁵ —que, sin embargo, define el personal investigador "*A los efectos de esta ley*"—, y al art. 40.1 de la LOU.

Tales personas concretas del público han de identificarse, pues, ante los responsables de la/las biblioteca/s, a fin de hacer efectiva la excepción de que tratamos. Lo que se quiere ahora —y ello llevaría consigo la necesaria reforma del TRLPI— es permitir que esas personas accedan a las obras desde dispositivos electrónicos, sin necesidad de hallarse físicamente en los locales de las bibliotecas, finalidad que pasa por permitir a las correspondientes autoridades el control de la identidad de aquellas con el fin de dar cumplimiento al tenor restrictivo de la excepción. No ha de olvidarse que el art. 40 bis TRLPI exige no interpretar las normas sobre límites a los derechos de p. i. en un sentido que "*permita su aplicación de forma que causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o que vayan en detrimento de la explotación normal de las obras a que se refieran*". Y en este orden de cosas, a mayor abundamiento, cabe también recurrir al art. 4.2 CC, conforme al cual "*las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos (...) distintos de los comprendidos expresamente en ellas*", siendo claro que las normas sobre límites (arts. 31 a 40 TRLPI) son normas *excepcionales*. No parece, por ello, que frente a tales preceptos pudiera buscarse amparo en el elemento de la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada para propiciar una interpretación extensiva de la norma que regula la excepción aquí concernida.

La Comisión, al respecto de esta excepción, concluía que era posible que en la primavera de 2016 presentara propuestas legislativas con el fin de "*apoyar la consulta a distancia, en redes electrónicas cerradas, de las obras conservadas en bibliotecas académicas y de investigación u otras entidades pertinentes, para fines de investigación y estudio privado*".

5.6. La excepción relativa a la conservación del patrimonio cultural

Alude seguidamente la Comisión a la excepción de la UE relativa a las actividades de

⁴³ Cfr. Considerando (36) de la misma.

⁴⁴ La excepción no incluye el "estudio personal", que, sin embargo, también contempla el art. 5.3.n) de la Directiva 2001/29/CE.

⁴⁵ De la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, de 2.6.2011).

conservación de las instituciones del patrimonio cultural, *“en particular porque los Estados miembros no suelen tener en cuenta los formatos digitales a la hora de aplicarla a nivel nacional”*. Ha de recordarse, a este respecto, que la Directiva 2012/28/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25.10.2012, previó que el catálogo de excepciones del art. 5 de la Directiva 2001/29/CE debía verse ampliado para hacer posible que las instituciones mencionadas en el ap. 2 c) del mismo y otras (art. 1.1 de la Directiva 2012/28/UE) pudieran llevar a cabo ciertos usos de las obras huérfanas, mediante su reproducción y puesta a disposición del público (art. 6).

En España esta excepción se recogió en el art. 37 bis TRLPI (véase también su art. 37.1, que permite la reproducción por las bibliotecas y otras instituciones con fines de *conservación*), que fue introducido por la Ley 21/2014, siendo su ap. 4 el que permite la reproducción y puesta a disposición del público de *determinadas obras huérfanas*. Habida cuenta de la definición que se hace de las mismas (ap. 1 del precepto), aunque pueda parecer extraño cabe, ciertamente, que obras *creadas ya en formato digital* puedan tener la consideración de huérfanas y figuren entre las previstas en las letras a) y b) del ap. 4 del art. 37 bis. De otro lado, enlazando con la afirmación transcrita *supra*, no ofrece duda que la reproducción autorizada por la excepción puede hacerse *digitalmente*. Así las cosas, no parece en principio que nuestro ordenamiento deba ser modificado en este punto, si en efecto la Comisión llega a presentar propuestas legislativas en la primavera de 2016 con el fin —como anunciaba— de *“proteger la conservación del patrimonio cultural por las instituciones, recogiendo el uso de las tecnologías digitales para la conservación y las necesidades de las obras creadas directamente en formato digital o digitalizadas”*.

5.7. La excepción de copia privada

La Comisión plantea finalmente —en el ap. 3 de su Comunicación— el tema de los cánones compensatorios a los titulares de los derechos por las excepciones de reprografía y copia privada. En este punto la Comisión se hace eco de la considerable inseguridad jurídica que viene provocada por el hecho de que *“Muchos Estados miembros imponen estos cánones a una amplia gama de soportes y dispositivos, y los establecen, aplican y administran de diferentes formas”*.

Resulta inevitable aquí referir brevemente la historia reciente de la excepción de *copia privada* y su relación con la compensación equitativa exigida por el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE. Como es sabido, el Estado español terminó poniendo dicha compensación a cargo de todos los ciudadanos, en virtud del ap. 2 de la Disposición Adicional 10.^a del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30.12 ⁴⁶, norma que remitía a una regulación reglamentaria del tema. Esa regulación vino de la mano del Real Decreto 1657/2012, de 7.12 ⁴⁷, en cuyo Preámbulo se lee lo siguiente: *“La normativa europea no regula explícitamente la forma, las modalidades de financiación y de percepción o la cuantía de dicha compensación, más allá de exigir que resulte adecuada al uso hecho de las obras o prestaciones*

⁴⁶ De medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público (BOE n° 315, de 31.12.2011).

⁴⁷ Por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (BOE n° 295, de 8.12.2012).

protegidas y de indicar que un criterio útil para evaluar las circunstancias de cada caso concreto sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos, no pudiendo dar origen a una obligación de pago determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo ⁴⁸. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado el amplio margen de apreciación de los Estados miembros para determinar quién está obligado al pago de la compensación equitativa por copia privada (Sentencia *Stichting de Tuiscope* de 16 de junio de 2011, asunto C-462/09) y la facultad reconocida a aquéllos para determinar dentro de los límites impuestos por la Directiva 2001/29/CE, la forma, las modalidades de financiación y de percepción y la cuantía de dicha compensación equitativa (Sentencia de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08) ”.

Pese a tal justificación, el Real Decreto 1657/2012 —dictado “de acuerdo con el Consejo de Estado”, según se lee al final de su Preámbulo ⁴⁹— fue objeto de impugnación, en 2013, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (Sección 4.ª) por tres entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (DAMA, VEGAP y EGEDA), al entender —entre otras cosas— que el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE (casos *Stichting*, *Padawan* y *Amazon*), exige que sea el usuario, hacedor de la copia privada, quien soporte efectivamente el coste de la compensación equitativa. El TS consideró que no era posible acceder a la petición de las demandantes —que se declarase la nulidad del Real Decreto 1657/2012 por inconstitucionalidad de la norma legal que le da cobertura— sin abordar previamente los problemas de derecho de la UE que presentaba el asunto, razón por la cual, mediante su Auto de 10.9.2014 (Ar. JUR 2014/230428; MP: Luis María Díez-Picazo Giménez), planteó al TJUE dos cuestiones prejudiciales ⁵⁰, que ya han sido contestadas. En efecto, la Sentencia del TJUE (Sala 4.ª) de 9.6.2016 (MP: J. Malenovský) ha declarado la incompatibilidad con el Derecho comunitario de un sistema de pago de la compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado ⁵¹, entendiendo que el art. 5.2.b) de la Directiva 2001/29/CE

⁴⁸ Cfr. Considerando (35) de la Directiva 2001/29/CE.

⁴⁹ El dictamen de este órgano (Referencia 1260/2012) se emitió con fecha 29.11.2012 y en él se dijo —cfr. apartado V.C, último párrafo— que “No obstante, en ese mismo pronunciamiento [en referencia a la Sentencia del TJUE de 16.6.2011, recaída en el asunto C-462/09] el Tribunal de Justicia, partiendo de que “la Directiva 2001/29 no regula explícitamente la cuestión de quién debe pagar dicha compensación”, advierte que “los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación para determinar quien debe abonar esta compensación equitativa” (considerando 23). Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta que el régimen comunitario de compensación equitativa no se encuentra cerrado, el modelo de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado podría entenderse amparado en el Derecho de la Unión Europea”.

⁵⁰ Dando lugar al Asunto C-470/14 y subordinada la 2.ª de ellas a que la 1.ª recibiese una respuesta afirmativa.

⁵¹ El Estado español había seguido insistiendo en su argumentación. El Anteproyecto de la que terminó siendo la Ley 21/2014 —cfr. el ap. III de su Exposición de Motivos, en el que se insiste sobre la necesidad de realizar determinados ajustes legales por el hecho de que la compensación equitativa se venga abonando desde el 1.1.2012 con cargo a los Presupuestos Generales del Estado— fue sometido al Consejo de Estado, cuyo dictamen (datado el 28.11.2013; referencia: 1064/2013) avala la interpretación según la cual el vínculo que ha de existir entre la realización de la copia privada (o sea, el acto perjudicial para los titulares de los derechos) y la persona que ha de financiarla —exigido por la Sentencia recaída en el Caso *Padawan*, que no suprimió el sistema de *canon*, limitándose a corregirlo en su aplicación indiscriminada— no juega cuando el sistema elegido para compensar a los titulares de los derechos no se basa en un canon fijo [cfr. ap. V, 5.1.c)].

ha de ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo, pues no permite *asegurar* que el coste de la compensación sea soportado por los usuarios de copias privadas ⁵². En consecuencia, se hace necesaria una nueva regulación de la compensación equitativa (salvo, claro está, que el Estado español decida ahora —lo que no es probable— suprimir la excepción de copia privada, a la cual aquella va indisolublemente asociada), motivada por la Sentencia citada, independientemente de la suerte que finalmente corra la pretensión de los demandantes relacionada con la posible inconstitucionalidad de la Disposición Adicional 10.^a del Real Decreto-Ley 20/2011. La Comisión anunciaba que *“evaluará la necesidad de adoptar medidas que garanticen que, cuando los Estados miembros impongan cánones por copia privada y reprografía para compensar a los titulares de derechos, sus distintos regímenes funcionen correctamente en el mercado único y no creen obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios. Entre los temas que puede resultar necesario abordar figuran el vínculo entre compensación y perjuicio a los titulares de derechos (...)”*, lo que presenta una indudable conexión con el resultado del concreto proceso aludido, si bien puede suceder que en España haya de acometerse una reforma ulterior a la motivada por la ejecución de la Sentencia recaída en él, debida a los pasos que adopte la Comisión de conformidad con el párrafo transcrito.

En este mismo orden de cosas, una manifestación más, nada desdeñable, de la aludida inseguridad jurídica a que se refiere la Comisión en relación con los cánones viene constituida por el hecho de que *“los Estados miembros imponen cánones a veces con independencia de los pagos ya efectuados en otros Estados miembros, o sin que existan regímenes adecuados de exención o devolución”* ⁵³. Se trata de una afirmación perfectamente compartible, para lo que puede ejemplificarse con base

⁵² Las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 19.1.2016, iban en la línea de la postura defendida por el Estado español, considerando admisible el sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. En concreto, en relación con la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas, propuso al TJUE la siguiente respuesta: *“El artículo 5, apartado 2, letra b), de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la compensación equitativa mencionada en él se financie con cargo a los Presupuestos Generales del Estado”*. Visto el sentido de la Sentencia del TJUE, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que en relación con la Disposición Adicional 10.^a del Real Decreto-Ley 20/2011 solicitaban los demandantes de la nulidad del Real Decreto 1657/2012 parecería ahora ocioso por parte del TS, que en su Auto de 10.9.2014 ya adelantó que *“esta Sala no alberga, en este momento del procedimiento, dudas sobre la constitucionalidad de la disposición adicional 10.^a del Real Decreto-Ley 20/2011”* (Razonamiento Jurídico 3.^o), abundando al respecto en la idea de que, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, sólo cuando esa duda se le presenta al Tribunal ordinario *debe* este plantear la cuestión al TC. De no plantear el TS la cuestión, la opinión del TC sobre la constitucionalidad de la norma citada *acaso* la podamos conocer —al menos indirectamente, pues no fue objeto de impugnación directa— cuando resuelva el recurso de inconstitucionalidad n.º 681-2015 (cfr. BOE 9.3.2015, marginal 2489), interpuesto contra diversos preceptos de la Ley 21/2014 (en cuya Exposición de Motivos se la menciona: cfr. ap. III), si bien puede pensarse que la Sentencia del TJUE terminará por hacer que los recurrentes desistan del recurso; al menos parcialmente, en lo que respecta a la impugnación del art. primero.Dos de esa Ley, por el que se da nueva redacción al art. 25 TRLPI, yendo dirigidos los reproches de inconstitucionalidad, en concreto, contra el párrafo 2.º del ap. 1 del mismo, así como contra el inciso del ap. 3 *“y contará con una consignación anual en la Ley de Presupuestos Generales del Estado”*.

⁵³ Sobre este particular, cfr. el Informe *Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies*, emitido en Bruselas por António Vitorino el 31.1.2013, pp. 11-14.

en el Derecho patrio derogado. En efecto, si se repara en la regulación de la compensación equitativa en la versión del art. 25 TRLPI que permitía exigirla —además de a quienes fabricasen en España los equipos, aparatos y soportes materiales previstos en el ap. 2 de ese precepto— a “los adquirentes fuera del territorio español, para su utilización comercial o distribución dentro de éste” [ap. 4.a)], se cae en la cuenta de que era perfectamente posible que, en atención a una disposición de Derecho nacional del país de fabricación (que muy bien podía ser otro Estado miembro de la UE), los productos susceptibles de generar la compensación en España (equipos, aparatos y soportes materiales) hubiesen satisfecho ya un canon en otro Estado por ese concepto.

Apunta también la Comisión, en relación con los cánones, varios extremos más: en primer lugar, que “pueden producirse pagos indebidos cuando se aplican cánones a productos de uso profesional” y, asimismo, que “También pueden existir prácticas discriminatorias en la distribución de los cánones recaudados, que favorezcan a los titulares de los derechos nacionales”. La Comisión llega a concluir que “Esta situación puede justificar una intervención a nivel de la UE para aportar mayor claridad y acabar con las distorsiones importantes”.

6. La preocupación por la remuneración de los titulares de los derechos de p. i. en el entorno en línea; en particular, por posibles actos de comunicación pública

En el apartado 4 de su Comunicación —intitulado “Un mercado de los derechos de autor que funcione correctamente” — la Comisión muestra su preocupación por la posibilidad de que los titulares de los derechos (autores y artistas intérpretes ejecutantes) no estén siendo adecuadamente remunerados en el entorno en línea. Y repara, por ello, en la importancia de la definición de los derechos que rigen el uso de contenidos protegidos por derechos de autor en las transmisiones digitales: los *derechos de comunicación al público* y de *puesta a disposición*, afirmando que “Existen zonas grises controvertidas e inseguridad sobre cómo están definidos estos conceptos en el Derecho de la UE, y en particular sobre qué actos en línea se consideran «comunicación al público» (estando en consecuencia sujetos a la autorización de los titulares de derechos), y en qué condiciones”, lo que ha dado lugar al planteamiento de varias cuestiones prejudiciales al TJUE⁵⁴.

Pone el acento, en particular, en los casos de los servicios de agregadores de noticias ⁵⁵ y de las

⁵⁴ Así, p. e., las planteadas en los Asuntos C-160/15 (las Conclusiones del Abogado General fueron presentadas el 7.4.2016), C-527/15 y C-610/15 (en los que aún no hay Conclusiones). Sobre el concepto de *comunicación pública* a nivel comunitario, entre otras, cfr. la Sentencia del TJUE (Sala 9ª) de 19.11.2015 (MP: J. Malenovský); también, recordando que tal concepto debe entenderse en un sentido amplio, la Sentencia (Sala 4ª) de 7.3.2013 (MP: J. Malenovský), apartado 20 y jurisprudencia citada en ella. En particular, sobre los elementos que integran cumulativamente la *comunicación pública* —un previo “acto de comunicación” de una obra y, posteriormente, la comunicación de ésta a un “público”—, téngase en cuenta la Sentencia (Sala 4ª) de 13.2.2014 (MP: J. Malenovský), apartado 16; y sobre el concepto de “público”, las sentencias (Sala 3ª) de 7.12.2006 (MP: J. Malenovský), apartados 37 y 38, la ya citada de 7.3.2013, apartado 32 y la de (Sala 4ª) de 27.2.2014 (MP: A. Prechal).

⁵⁵ A los que ahora se refiere el art. 32.2 TRLPI, modificado por la Ley 21/2014, para autorizarles a llevar a cabo determinados actos sin necesidad del consentimiento de los titulares de los derechos, contra el pago de una compensación equitativa.

actividades que llevan a cabo las plataformas en línea ⁵⁶, concluyendo que estudiaría “la presentación de medidas en este ámbito a más tardar en la primavera de 2016”, y, asimismo, en lo que hace a los derechos aludidos *supra*, que examinaría “si es necesario tomar medidas en cuanto a la definición” de los mismos, lo que, en su caso, significaría retocar el art. 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/29/CE. Se trata, en definitiva, de clarificar las normas sobre las actividades que llevan a cabo los intermediarios en línea en relación con contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual. Como fácilmente creo que puede inferirse, en el fondo del debate lo que late es la cuestión del *relativo poder de negociación* de algunas categorías de titulares, que es lo que lleva a la Comisión a afirmar que la aludida presentación de medidas tendrá como objetivo “garantizar que los agentes que contribuyen a generar tal valor tengan capacidad para afirmar plenamente sus derechos, contribuyendo así a una asignación equitativa de este valor y a una remuneración adecuada de los contenidos protegidos por derechos de autor en su utilización en línea”.

7. El efectivo cumplimiento de los derechos de p. i.

En el apartado 5 de su Comunicación —rubricado “Un régimen de cumplimiento eficaz y equilibrado”— la Comisión “anuncia” la posible reforma de la Directiva 2004/48/CE ⁵⁷, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, partiendo del fenómeno de las infracciones a escala comercial “que parasitan el trabajo y la inversión de los creadores, las industrias creativas y los servicios legales de distribución”.

La Comisión lanzó una *consulta pública* ⁵⁸ el 9.12.2015, que expiró el 15.4.2016, acerca de si el marco legal existente en la materia —constituido fundamentalmente por la Directiva citada— era todavía suficiente para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual en el entorno en línea, con el objetivo de detectar posibles lagunas. Al momento de finalizar este

⁵⁶ Respecto a las funciones que desempeñan en el mercado, la Comisión lanzó una *consulta pública* el 24.9.2015, que concluyó el 6.1.2016. Importa aquí añadir que el pasado 25.5.2016 la Comisión presentó un nuevo paquete de medidas, incluyendo un nuevo enfoque en relación con dichas plataformas: COM (2016) 288/2.

⁵⁷ Cfr. http://ec.europa.eu/growth/industry/intellectual-property/enforcement/index_en.htm, donde se describe todo el plan diseñado al efecto de mejorar la lucha contra la infracción de la propiedad intelectual. Ese plan de acción trae causa de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo *Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE* —COM(2014) 392 final, 1.7.2014—, en la que —además de detallar la estrategia de la UE para la protección y aplicación de los derechos de p. i. en terceros países— se detallan 10 acciones concretas, de corte no legislativo, que pueden verse en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-449_en.htm?locale=en.

⁵⁸ Compuesta por cinco diferentes cuestionarios —dirigidos a los diversos grupos de interesados: 1) titulares de derechos; 2) judicatura y profesionales legales en general; 3) intermediarios; 4) Estados miembros y autoridades públicas; y 5) ciudadanos, consumidores y sociedad civil en general—, pretendió servir de instrumento de evaluación del funcionamiento de la Directiva 2004/48/CE en el entorno digital. A día 18.7.2016, ni los diversos cuestionarios —diferenciados por grupos de interesados— ni los resultados están disponibles en http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8580.

trabajo, aún no ha ofrecido la Comisión las *tendencias* de las respuestas. Mas en su Comunicación anunciaba que evaluaría las opciones en este ámbito *“a más tardar en otoño de 2016”*, examinando la necesidad de modificar el marco jurídico, para lo que se centraría *“en las infracciones a escala comercial, entre otras cosas para precisar, cuando proceda, las normas relativas a la identificación de los infractores, la solicitud de medidas provisionales y cautelares y acciones de cesación y su efecto transfronterizo, el cálculo y la asignación de daños y perjuicios y costas judiciales”*. Si finalmente se da el paso de modificar la Directiva citada, es indudable que ello conllevará una reforma del TRLPI, que previsiblemente afectaría a los arts. 138 y ss.

8. Fomento de una visión a largo plazo: ¿Un título único de derechos de p. i.?

En el apartado 6 de su Comunicación la Comisión avanza lo que sería el futuro *más lejano* por el momento, pero que empieza a vislumbrar como consecuencia de los pasos ya dados, de los que anuncia que se darán en el corto plazo (previstos en la *Estrategia para el Mercado Único Digital*) y del propio seguimiento que hará de los mismos. Se apunta, en efecto, que *“la UE debe estar preparada para responder a la necesidad de una mayor convergencia de los sistemas nacionales de protección de los derechos de autor, a medida que se aproximan los mercados de contenidos [y más como consecuencia de la portabilidad transfronteriza que se persigue con la propuesta de Reglamento sobre este particular] y evoluciona el comportamiento de los usuarios, en respuesta a la rápida evolución tecnológica”*.

Hace hincapié la Comisión, en este orden de cosas, en la importancia de que la legislación sobre p. i. se aplique de modo efectivo y uniforme en toda la UE. Y, con ese objetivo, se marca un designio muy ambicioso: el de facilitar *“un diálogo estructurado entre los Estados miembros a fin de garantizar una interpretación común de la legislación sobre derechos de autor de la UE y fomentar la convergencia de las legislaciones nacionales, en particular en lo que se refiere a su observancia”*. Yendo aún más lejos, la Comisión no oculta su visión respecto a la situación ideal a largo plazo, que sería aquella *“en la que los autores y artistas, las industrias creativas, los usuarios y todos los afectados por los derechos de autor están sujetos a las mismas normas, independientemente del lugar de la UE en que se encuentren”*. Cabe preguntarse, en este sentido, si el logro de esa meta supondrá la desaparición de las normas nacionales sobre p. i. tal como hoy las conocemos, o si, por el contrario, se mantendrán, pero modificadas sustancialmente para que en verdad pueda decirse que se ha alcanzado la misma. El empeño de la Comisión no es en vano: se apunta a la posibilidad de recurrir a expertos que la *“ayuden a definir ulteriores necesidades de reforma de la normativa sobre derechos de autor de la UE”*. Y esta primera pregunta que me planteo se confirma por la lectura de los siguientes pasajes de la Comunicación, en que la Comisión ve el futuro de la siguiente manera: *“La plena armonización de los derechos de autor en la UE, en la forma de un código de derechos de autor único y de un único título de derechos de autor, exigiría cambios sustanciales en el funcionamiento actual de la normativa. Tendrían que armonizarse ámbitos que hasta el momento se han dejado a la discreción de los legisladores nacionales. La aplicación uniforme de la normativa exigiría una única jurisdicción competente sobre los derechos de autor, con su propio tribunal, de modo que una jurisprudencia incoherente no contribuya a una mayor fragmentación”*.

La respuesta a la pregunta planteada *supra* pasa por considerar el ejemplo que como referente utiliza la propia Comisión: el de las patentes y las marcas. En efecto, siendo consciente de la complejidad de esa tarea, la Comisión apunta que la misma “no puede justificar la renuncia a esta visión como objetivo a largo plazo”, concluyendo que “Pese a las particularidades de los derechos de autor y a su relación con las culturas nacionales, las dificultades y los plazos dilatados también acompañaron a la creación de títulos únicos y normativas únicas en otros ámbitos de la propiedad intelectual donde hoy son ya una realidad, en particular las marcas y las patentes”.

El fundamento jurídico —o, si se prefiere recurrir a un término usual en el lenguaje constitucional español, el “título competencial” — para la implantación de tales títulos y normativas es el art. 118 TFUE, que la permite “en el ámbito del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior”. Resulta obvio, sin embargo, que en los pasajes transcritos la Comisión se refiere, al emplear el término “título”, a lo que a partir de ese precepto puede instituirse, esto es, a algo más que a ese fundamento, que en abstracto no se discute.

Mas la utilización del término *título* en referencia al propósito de la Comisión relativo a los derechos de autor —“un único título de derechos de autor”, queriendo sin duda incluir ahí a los otros derechos de p. i.— sugiere alguna reflexión ulterior. En efecto, una vez detectada la conveniencia de crear un *título único* en ese ámbito ⁵⁹, “paralelo” a las marcas y a las patentes, quedaría por concretar la forma de adquirirlo, esto es, de devenir titular del respectivo derecho. Y, situados “ya” en ese terreno, no cabe duda de que no podría volverse la espalda al Derecho internacional y a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Ciertamente, el término *título* —que, como es sabido, jurídicamente se caracteriza por su polisemia— cuenta con respaldo

⁵⁹ En diciembre de 2013 la Comisión lanzó una amplia *consulta pública* —ya aludida *supra*, apartado 2.3., nota 14— relacionada con la revisión de las normas europeas sobre propiedad intelectual, disponible en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/consultation-document_en.pdf. Su apartado VII llevaba por título “A single EU Copyright Title”, y en él se preguntaba a los encuestados, de un lado (ítem 78), por la oportunidad de crear un título así como medio de establecer un marco coherente en la materia; y, de otro (ítem 79), por si tal creación debía constituir el siguiente paso en el desarrollo del derecho de autor europeo, o si, dadas las diferencias existentes entre las regulaciones de los Estados miembros, se trataría de un proyecto a largo plazo. Los resultados de la *consulta*, con las opiniones diferenciadas de los distintos sectores interesados (consumidores/usuarios finales, usuarios institucionales, autores/intérpretes, entidades de gestión de derechos de p. i., editores/productores/radiodifusores, intermediarios/distribuidores/otros proveedores de servicios, Estados miembros y otros), pueden verse en http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/copyright-rules/docs/contributions/consultation-report_en.pdf, apartado VIII, pp. 89 a 91. Previamente, en su Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones titulada “Un mercado único de los derechos de propiedad intelectual. Estimular la creatividad y la innovación para generar crecimiento económico, empleos de calidad y productos y servicios de excelencia en Europa” —COM(2011) 287 final—, la Comisión adelantaba la conveniencia de analizar “la viabilidad de crear un título «unitario» *optativo* de derechos de autor sobre la base del art. 118 del TFEU” (la negrita es mía), además de contemplar la hipótesis de la formulación de un Código Europeo de los Derechos de Autor como otra “manera de enfocar una reforma de más amplio espectro de los derechos de autor a nivel europeo”. En esa línea, desde una perspectiva puramente académica, cfr. el *European Copyright Code* —formulado en el marco del llamado *Proyecto Wittem*—, disponible en http://www.copyrightcode.eu/Wittem_European_copyright_code_21 april 2010.pdf.

normativo en el caso de las marcas y las patentes ⁶⁰, pues la obtención del oportuno derecho sobre ellas está ligada a una *concesión* : a nivel nacional, cfr. art. 1 de la todavía vigente Ley 11/1986 ⁶¹; para las marcas, aunque el art. 1 de la Ley 17/2001 ⁶² utiliza sólo el término *concesión* (“se concederán”), los arts. 20.2 –que alude a la expedición por la OEPM del “*título de registro de la marca*”– y 22.4 –de tenor prácticamente idéntico– sí recogen el término *título*, pareciendo claro que en ambos casos puede identificarse con *documento*. A nivel comunitario, por lo que hace a las patentes, el término *título* aparece en el Considerando (1) del Reglamento (UE) 1257/2012, cuyo art. 2.b) alude a la *concesión* de la patente; en lo que se refiere a las marcas, si bien el Reglamento (CE) 207/2009 ⁶³ no lo utiliza expresamente, recuerda (art. 6) que el derecho sobre ella sólo puede adquirirse por medio del *registro*.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con los derechos de propiedad *intelectual*, ligados únicamente a la *creación* en sentido estricto (art. 1 TRLPI) o al logro o consecución del respectivo objeto protegido por un derecho vecino o conexo (cfr., así, arts. 114.1 y 120.1 TRLPI). No hay que olvidar, en este orden de cosas, que la inscripción en el Registro General de la Propiedad Intelectual de los derechos de p. i. es *voluntaria* (art. 145.1 TRLPI), lo que es del todo conforme con la previsión del art. 5.2 del Convenio de Berna, a cuyo tenor “*el goce y el ejercicio de estos derechos [en referencia a los que las leyes respectivas conceden en la actualidad o concedan en lo sucesivo a sus nacionales] no estarán subordinados a ninguna formalidad*”. Asimismo hay que recordar, en este sentido, que la UE es Parte Contratante en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, que entró en vigor para ella el 14.3.2010, y que el art. 1.1) de este dispone, al regular su relación con el Convenio de Berna, que “*el presente Tratado es un arreglo particular en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna (...)*” ⁶⁴, añadiendo el art. 1.2), por su parte, que “*Ningún contenido del presente Tratado derogará las obligaciones existentes entre las Partes Contratantes en virtud del Convenio de Berna (...)*”. Mas, por lo que hasta ahora sabemos, no parece que se vislumbre un cambio radical respecto a esos obligados referentes, pues justamente en la línea de pensamiento que deriva de los mismos se sitúa el texto que precede a los ítems 15 a 18 de la *consulta* aludida en la nota 60 –cfr. apartado II.C), que lleva por rúbrica “*Registration of Works and other subject matter – is it a good idea?*” –, y algunas de las valoraciones hechas sobre la oportunidad de crear un sistema

⁶⁰ Aún en este concreto ámbito, es incorrecta la utilización del término *título* si, como parece, se quiere aludir a un *título comunitario*. La llamada *patente europea con efecto unitario* –cuya regulación se halla en el Reglamento (UE) 1257/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17.12.2012, y en el Reglamento 1260/2012, del Consejo, de 17.12.2012– no es un título comunitario, sino *europeo*, que se ha de solicitar a la Oficina Europea de Patentes y se obtiene de acuerdo con lo previsto en el Convenio sobre la patente europea, de 5.10.1973.

⁶¹ De 20.3, de Patentes (BOE nº 73, de 26.3.1986), que regirá hasta el 31.3.2017, pues al día siguiente entrará en vigor la Ley 24/2015, de 24.7, de Patentes (BOE nº 177, de 25.7.2015), cuyo art. 1 reitera la utilización del término *título*.

⁶² De 7.12, de Marcas (BOE nº 294, de 8.12.2001).

⁶³ Del Consejo, de 26.2, sobre la marca comunitaria.

⁶⁴ Precepto que reza así: “*Los gobiernos de los países de la Unión se reservan el derecho de adoptar entre ellos Arreglos particulares, siempre que (...) comprendan otras estipulaciones que no sean contrarias al presente Convenio*”.

de *registro a nivel europeo* insistieron, precisamente, en la idea de que subordinar la existencia o el ejercicio de los correspondientes derechos a la inscripción en él iría en contra de la Convención de Berna⁶⁵.

En consecuencia de cuanto antecede, las preguntas que surgen son varias e inevitables. ¿Podrá algún día hablarse de *obra* (o prestación protegida por un derecho vecino) *comunitaria* ⁶⁶? Si así fuera, ¿qué requisitos habrían de cumplirse para alcanzar tal estatus?; ¿Será necesario una suerte de *certificado de obra comunitaria*, que sirva para que su autor obtenga protección en cualquier Estado de la UE?; y, en fin, reiterando la cuestión ya formulada más arriba: ¿Veremos algún día desaparecer las legislaciones nacionales actuales en materia de derecho de autor y derechos vecinos? No hay duda de que cuesta imaginarse un horizonte así, que sólo cabe otear como muy lejano, muchos kilómetros más atrás de “la vuelta de la esquina”. Recordemos, con todo, que ni la marca de la UE impide la obtención de signos distintivos puramente nacionales ni la patente europea con efecto unitario prohíbe las patentes nacionales (o europeas sin efecto unitario). Las marcas y las patentes puramente nacionales pueden seguir teniendo interés para empresarios actuales o potenciales interesados en limitar su producto o servicio o la explotación de su invención a un mercado pequeño, fuera del que, en principio, no piensan aventurarse. En el caso de las obras y prestaciones protegidas por derechos de p. i., ¿pueden darse también razones que aconsejen a sus titulares limitar la explotación de los respectivos objetos de sus derechos a un concreto Estado? Si pensamos en el amplio catálogo de obras protegibles por derechos de autor (cfr. el elenco del art. 10.1 TRLPI, de carácter ejemplificativo), sin duda la pregunta anterior merecerá responderse afirmativamente. No cuesta nada percibir, sin embargo, que determinado tipo de obras (así, especialmente, las audiovisuales) parecen estar “llamadas” a cruzar las fronteras nacionales y ser objeto de explotación a lo largo y ancho de la UE, máxime si se tienen en cuenta las declaraciones reiteradas que hace la Comisión en su Comunicación acerca de la financiación de las mismas mediante el Programa *Europa Creativa* y la intención de promover

⁶⁵ Los resultados de la *consulta* referidos a esos ítems, diferenciados por sectores de interesados (consumidores/usuarios finales, usuarios institucionales, autores/intérpretes, entidades de gestión de derechos de p. i., editores/productores/radiodifusores, intermediarios/distribuidores/otros proveedores de servicios y Estados miembros) pueden verse en el 2.º enlace referido en la nota 60, pp. 22 a 25. Repárese, en particular, en el sentido aludido en el texto, en las respuestas proporcionadas por el sector de los usuarios institucionales, por el de las entidades de gestión de derechos de p. i., por el de los intermediarios/distribuidores/otros proveedores de servicios y, en fin, por el de los Estados miembros, que se inclinaron por la idea de que el registro fuera meramente *voluntario*, para asegurar la conformidad de su eventual instauración con el Convenio de Berna.

⁶⁶ Como es sabido, la *nacionalidad* no es un atributo exclusivo de las personas, aunque la definición del término que hace el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (ed. del Tricentenario) haga pensar otra cosa. Para las *obras cinematográficas o audiovisuales*, conviene recordar que está prevista la expedición de un *certificado de nacionalidad española*, si bien no por el TRLPI sino por el art. 12 de la Ley 55/2007, de 28.12, del Cine (BOE n.º 312, de 29.12.2007), que remite la concreción de los requisitos necesarios para ostentar aquella al art. 5 de la misma. Curiosamente, el ap. 3 de este precepto prevé que “*Se entiende por obra comunitaria la que posea certificado de nacionalidad expedido por uno de los Estados miembros de la Unión Europea*”, inteligencia esta que, obviamente, nada tiene que ver con lo apuntado en el texto. Conforme al art. 5.1 del Real Decreto 1084/2015, de 4.12 (BOE n.º 291, de 5.12.2015), de desarrollo de la citada Ley, corresponde expedir tal certificación al Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales (ICAA) o al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma con competencia en la materia.

“una financiación y un uso más eficientes del subtitulado y el doblaje financiados con fondos públicos”.

¿Puede acaso pensarse, sin llegar a imaginar ese horizonte tan lejano, en un verdadero *Derecho europeo común* en la materia? Parece que sí, pues está en juego la materialización del mercado único de la UE.

9. Tabla de jurisprudencia citada

| <i>Tribunal, Sala y Fecha</i> | <i>Ar.</i> | <i>Magistrado Ponente</i> | <i>Partes</i> |
|-------------------------------|------------------------|---------------------------------|--|
| ATS, 3ª, 10.9.2014 | JUR 2014/2304 28 | Luis M.ª Díez-Picazo Giménez | EGEDA, DAMA y VEGAP c. Administración del Estado y AMETIC |
| STJUE, 3ª, 21.10.2010 | ECLI:EU: C:2010:620 | J. Malenovský | Padawan S. L. c. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) |
| STJUE, 3ª, 16.6.2011 | ECLI:EU: C:2011:397 | J. Malenovský | Stichting de ThuisKopie c. Opus Supplies Deutschland GmbH y otros |
| STJUE, 2ª, 11.7.2013 | ECLI:EU: C:2013:515 | R. Silva de Lapuerta | Amazon.com International Sales Inc. y otros c. Austro Mechana Gesellschaft zur Wahrnehmung mechanisch-musikalischer Urheberrechte GmbH |
| STJUE, 4ª, 9.6.2016 | ECLI:EU: C:2016:418 | J. Malenovský | EGEDA, DAMA y VEGAP c. Administración del Estado y AMETIC |
| STJUE, 9ª, 19.11.2015 | ECLI:EU: C:2015:764 | J. Malenovský | SBS Belgium NV c. SABAM |
| STJUE, 4ª, 7.3.2013 | ECLI:EU: C:2013:147 | J. Malenovský | ITV Broadcasting Ltd y otros c. TVCatchup Ltd |
| STJUE, 4ª, 13.2.2014 | ECLI:EU: C:2014:76 | J. Malenovský | Nils Svensson y otros c. Retriever Sverige AB |
| STJUE, 3ª, 7.12.2006 | ECLI:EU: C:2006:764 | J. Malenovský | SGAE c. Rafael Hoteles |
| STJUE, 4ª, 27.2.2014 | ECLI:EU: C:2014:110 | A. Prechal | OSA c. Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s. |